

清华法治论衡

第二辑

主 编 高鸿钧
副主编 江 山

清华大学出版社

(京)新登字 158 号

内 容 简 介

本书是目前国内仅有的一部法治理论的系列专论, 收载国内及海外相关前沿成果。内容涉及法治与民族精神、法治与文明秩序、法治与合法性、法治与现代性以及刑事与环境法规域的法治等。本书选题新颖, 观点鲜明, 论证充分, 材料翔实, 系研究法治的力作。

本书适合大专院校、科研机构的教师和学生以及立法、司法等实际部门的工作人员, 也适用于对法学有兴趣、特别是关注法治问题的一般读者。

书 名: 清华法治论衡(第二辑)

作 者: 高鸿钧 主编

出版者: 清华大学出版社(北京清华大学学研大厦, 邮编 100084)

[http: www. tup. tsinghua. edu. cn](http://www.tup.tsinghua.edu.cn)

印刷者: 世界知识印刷厂

发行者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 880×1230 1/32 印张: 18.125 插页: 2 字数: 501 千字

版 次: 2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-04991-2/D·37

印 数: 0001~3000

定 价: 39.00 元

卷首语*

诗云：“天生蒸民，有物有则。民之秉彝，好是懿德。”^①

先民群聚巢居，上祖弓猎火烹。三皇之传邈邈，迹犹可循；五帝之说纷纷，事则可鉴。姬黄北来，败东夷而据中原；夏禹南向，服苗蛮而统九州。天下为公，三代禅让，选任贤能；黎民为贵，四岳群牧，平章百姓。三皇设言而民不违，五帝画象而民知禁。丹服以象勳，墨体而证臆，犯者无皮肉之苦；杂履以兆宫，去领而示辟，违禁免生死之罚。

物寡欲增，锱铢之夺遂起；强凌弱抗，曲直之争愈烈；夏有乱政而作《禹刑》，五刑之属三千，慎罚而倡赎赦；商有乱政而作《汤刑》，科条之数三百，重孝而增苛罚。周承五刑之法，尚礼明德，慎刑省罚。三典刑邦国，厘分轻重缓

* 本文原系《清华法学文库·法治系列·序——心寄治邦》，略作修改，聊充卷首语。

① 《诗经·大雅·蒸民》。

急；五听察民情，明鉴曲直是非；三省辨诤过，无知者宽免；三赦悯幼老，无能者怜恤。

周道既衰，礼崩乐坏。诸侯蜂起，九鼎非属一家；群雄逐鹿，八卦难卜孰赢。悠悠春秋，多事之秋；凛凛战国，战乱之国。志士奔走，献富国强兵之策；百家争鸣，寻救世安民之途。克己复礼，明德慎罚，儒家奔走呼号；立制操刑，缘法而治，法家身体力行；道法自然，无为而治，老聃之真谛；节用非攻，兼爱尚同，墨翟之要旨。春秋以降，诸国弗用周制，纷立其法：魏有《法经》，韩有《刑符》，楚有《宪令》。郑铸刑书，叔向责之，恐民知有辟不惧于上；晋铸刑鼎，仲尼叹之，忧民在鼎矣贵贱无序。然德礼曲高和寡，儒士少佐于王政；刑宪调低用灵，法家每聘于君前。齐用管仲，修法治，广政教，九合诸侯，一匡天下；秦听卫鞅，变旧法，行新制，五年而强，诸侯毕贺。邓析遭诛，私造之竹刑犹用于郑；商君受磔，所立之律法仍行于秦。

秦缘法而强，恃力而霸，灭六国一天下，置郡县统六合。治道运行，皆有法式，法繁于秋荼；机枢转动，尽布罗网，网密于凝脂；酷刑惨

诛，赭衣塞路，圜圉成市；横征暴敛，饿殍盖地，悲号惊天。焚书之夜未散，陈胜吴广揭竿于田垄；坑儒之土方干，刘邦项羽起事于里巷。数百年基业，二世骤毁；几十年教训，千载长铭。

汉鉴秦弊，改弦易辙，宽政尚礼，蠲繁削苛。然一家之尊，独教化不足安邦治世，遂辅以刑名之学；三章之法，务简约难济御奸止暴，继补以九章之律。

二

殷袭夏礼，损益可知；汉承秦制，利弊详察。由汉至清，王姓几易，德主刑辅弦歌不辍；由清至汉，官法多变，重刑轻民一以贯之。唐之律疏，宋之刑统，立名稍异，其义颇近；明之律诰，清之律例，处时不同，其旨相通。

仁为趋善膏粱，法乃惩恶药石。兵刑一旨，惟有大小之分；法刑同源，复存广狭之辨。天秩有礼而制五礼，天讨有罪而作五刑。礼唱法随，出于礼而入刑；德施法循，准乎恩而免罪。五刑常悬，期刑去刑，念绳墨弃之不用，官

常以讼多自责^①；十恶务诛，以杀止杀，盼斧斤废而不举，君每为刑重怀忧。条之繁简，网之疏密，乃历代所虑；刑之轻重，罚之宽严，为累朝所思。科条时繁时简，量刑世轻世重。效四时之兆，察灾异之变，先春风以播恩，后秋霜而动宪。逢吉行赏，眚灾肆赦。鹄巢共树，刑部沾光^②；日蚀暗天，太尉倒屣^③；彗星现而停刑^④，妖狐出而设厂^⑤。斩低头之虎^⑥，雪鬼诉之冤^⑦……

梨洲有言：三代以上，法为天下之法；三代以下，法为一家之法。敕例滋彰，国定常律化作具文；人主躬狱，官设法司堕为傀儡。期尧、

① 《后汉书·韩延寿传》、《后汉书·刑法志》。

② 见《旧唐书·刑法志》。

③ 见《后汉书·刑法志》。

④ 见《明史·刑法志》。

⑤ 见《明史·刑法志》。

⑥ 《后汉书·童恢传》载童恢为官青州，审害民之二虎，杀低头闭目者，谓其“垂头服罪”。由此“吏人为之歌颂”。《后汉书·刑法志》亦载此事。

⑦ 见《后汉书·刑法志》。

舜之王，而桀、纣之君接踵，法毁刑滥；盼管、晏之臣，而来、周之吏比肩^①，津亡罚酷。罪逐情加，情姿法偃，赏罚常凭人主喜怒；刑随意改，意妄理障，轻重每依法官好恶。文帝感缢索之义，遂有肉刑之废^②；太宗观图人之軀，即禁鞭背之罚^③。捶楚之下，何求不得，无辜不容清白之辩；重刑之逼，避仕不能，名流难兴山林之思^④。象由齿毙，光泽之玉先毁；漆因汁割，芳茂之桂早折。官逞嗜杀之癖，吏逐鬻讼之利；欲活则生议，将死则死比。举手挂罗网，动足触机陷。法书明于帙里，冤魄结于狱中。连坐之法，覆巢岂有完卵；三夷之诛，涸川焉存活鱼？割舌之酷，口将言而噤嚅；刖腓之惨，足将进而趑趄。求长生于重典，若索游虾于滚釜：

① 指管仲、晏婴、来俊臣、周兴。——笔者。

② 见《汉书·刑法志》。

③ 《新唐书·刑法志》载：“太宗览《明堂针灸图》，见人之五脏皆近背……遂诏罪人无得鞭背”。

④ 明《大诰》十条罪目之一为“囊中士大夫不为君用”。见《明史·刑法志》。

一钱之偷弃市，半瓜之窃行决^①；望速死于酷刑，如乞全叶于蚤齿；炮烙之烟翻腾，凌迟之刃飞转。求消心头之恨，君赐叛逆之肉于臣下^②；为解胸中之忿，帝坐贼人之皮于臀底^③。直言之臣，以蝼蚁之命，进逆耳忠言，多遭廷杖之苦，汤镬之刑；阿谀之徒，凭机巧之心，施舔痔狐媚，常受心腹之宠，紫绶之贵。烈烈忠骨，却为屈死之鬼；炳炳史家，竟是刑余之人。登闻鼓常响，难罄民间冤声；听讼观^④躬临，靡详狱讼细情。“京控”之队络绎，龙体烦劳，“扣阍”之躯匍匐，圣驾常惊。亘古乏民主，予民身贱犬马；历朝有秦政，黎庶命轻鸿毛。法，治民治吏不治君，礼，及上及尊不及卑。

① 《隋书·刑法志》。

② 隋炀帝将反叛者处以极刑之后，“命公卿以下齧噉其肉”。见《隋书·刑法志》。

③ 明武宗正德五年，将罪犯磔后，“以皮制鞍鞴，帝每乘骑之”。见《明史·刑法志》。

④ 《晋书·刑法志》：“及明帝即位，常临听讼观，录洛阳诸狱。”

三

朝日西去,秋风动而蝉不觉;西人东来,犬爪近而兔不知。软膏之欺,病夫愈病,病夫怎敌屠夫;利炮之攻,土枪盖土,土枪难对洋枪。列强骤来,万世弦歌忽断;群狼突至,一统疆土瓜分。国破徒遗山河之景,兵败枉论华夏之尊。睡狮之梦终醒,夜郎之狂遂灭。御外安内之议遽起,变法图强之论因生。或举泰西新制证之于古,或援汉家故物用之于今。西法东渐,法治之倡得势;古礼今废,德治之声失时。然戊戌变法胎死腹中,洋务运动转瞬破产,辛亥革命半途而废,“五四”运动昙花一现。期间屢以华夷之辨,体用之争,新旧之别,中西之鉴。统一法权之章立,治外法权未归;确立共和之宪颁,域内专制仍存;泰西新法广采,形具而无根;故国旧法尽废,名亡而实存。外无独立之尊,奢谈自由;内有战乱之患,遽论法治;民乏民主之求,“德先生”水中之月;国多国殇

之难，“赛小姐”镜中之花。百年浩劫，累世罹难，悠悠苍天，曷此其极！

饱经磨难，江山复归一统；历尽祸乱，国家终获安宁。以新为务，旧法一笔勾销；以俄为师，新条方兴未艾。花缘自怙，难耐狂飙；柳本易折，怎禁骤雨？运动频繁，政策代替法律，宪法束之高阁；内斗升级，民权搁置一旁，律师打入冷宫。小波未平，大浪又起；山雨欲来，黑云压城。一夜秋风，神州残花遍地；十年劫难，山河满目疮痍。群凶械斗，有枪有棒；和尚打伞，无法（发）无天。法院门可罗雀，法典付之一炬，法学弃如敝屣，法治荡然无存。牢狱之中，有功之士含冤；棍棒之下，无辜之魂赴冥。堂堂国家主席，冤魂难寄尸骨；区区巷间恶少，邪气竟瘴朝纲。是非颠倒，直言烈女死前遭断喉之刑；黑白混淆，忠谏元勋身后受口诛之罚。名曰民主之制，万岁呼声山响；号称共和之体，同室相煎湍急。高山低头，涧水无语，苍天叹息，大地抱憾。呜呼！吾华夏民族何此灾多难

众？吾炎黄子孙何此时乖运蹇？

乱后思治，劫余议生。拨乱反正，重演平反昭雪故剧；正本清源，复议实事求是旧题。亡羊补牢，“馮先生”又成座上之宾；迷途思返，“赛小姐”再登大雅之堂。修宪明制，拟置方圆于规矩；立法设范，试度轻重于衡石。遂有权界群己之宪，防遏奸暴之刑，厘定分争之则，生殖财货之规，对簿公堂之式，救助残弱之条……短短旬年，母法携子法并进；匆匆廿载，公法与私法偕行。法治之盛，历代未有；民主之隆，亘古无双。然津文少本土之根，规范多舶来之品。萱爱家乡，种河阳而不茂；桔恋故土，移淮北而味异。立法如雨后春笋，条文繁而实效微；普法似阵前誓师，口号响而行动迟。官恣术势，人治余患尚存；民乏权能，法治公理未昌。禁条迭出，“三乱”悍吏不绝；法袍几易，“三盲”法官犹存；良驹期伯乐慧眼，政绩凭数字游戏。僧穷方丈富，民瘦官吏肥。横行恶霸，多借“严打”运动铲除；当政贪官，每赖高层

批示就法。富奸行贿于外，贪吏枉法于内，高官弄权于上，小民惧法于下。黑字法条不敌红头文件；金色天平屈从方孔铜钱。红尘滚滚，贪心荡漾，小人见利忘义，良药竟成毒饵；黄浪滔滔，嗜欲横流，奸商为富不仁，鸩酒却充佳酿。无辜蒙冤，九泉含恨；有罪逍遥，万民不平。

四

审堂下之荫，知日月之行；观往古之制，明今日之理。民为邦本，无黎民则无国君；法为常典，有治法而有治人。古之法治，生乎本土曩昔；今之法治，引自泰西近世。泰西古时，希腊罗马之盛，毁于蛮族之侵；教会专权，领主任势；农奴卑贱代承，贵族特权世袭。迨至近世，文艺复兴，宗教改革，科学昌兴，理性优位。民主生而君主隐，法治行而神治衰，理性扬而情感抑，平等显而特权除。西人凭科学而强，恃武力而霸，奉民主而昌，尊法治而盛。古之法

治,民主之义少有;今之法治,自由之韵多涵。纵观当今寰宇,神治隐形,德治匿迹,人治难凭,武治弗久,欲国强民富,舍民主无途;期长治久安,非法治莫属。守古津以治今世,刻舟求剑之愚;移西法而裁中土,缘木求鱼之幻。徒念先贤之治,望梅止渴;生搬外来之法,画饼充饥。

临渊羡鱼终无鱼,守株待兔何有兔。已往不谏,来日可追;东隅已逝,桑榆非晚。侪辈同道,世纪之交,聚集清华,申报法治理论之题。承学校资助,学院支持,课题同仁戮力同心,以自由之意志,独立之精神,穷学人之思,究法治义理:曰法治价值之义理,法治运行之义理,法治嬗变之义理。价值之义理,考辨正义、平等、公平、效率、秩序、自由、道德、民主诸基础价值与法治之关联;运行之义理,探索法治之下权力制约、依法行政、契约自由、罪刑法定诸原则之内含;嬗变之义理,阐发法治发生、演变、成熟之机韵。成书数册,忝列“清华法学文库”。

著者论涉古今,择善而从;言及中外,唯宜是采;瞩望方来,未雨绸缪。探索幽隐,意在明理;陈说兴衰,略备省鉴。侪辈冀尘雾之微,补益山海;期荧烛之光,增辉日月;望积跬步以至千里,聚小流以成江海,为民主推波助澜,于法治添砖加瓦。忧国忧民之心,形诸文墨;求治求强之情,萦于笔端。著者其旨虽同,论说各抒己见;其义虽近,行文自有特色。编者才疏学浅,孤陋寡闻,舛误偏颇,在所难免,愿聆教于读者,就正于方家。

日月昭昭,天行有常;山河巍巍,地孕其藏;众生芸芸,心寄治邦。

高鸿钧

辛巳年于清华园

(西元2001年)

目 录

卷首语	高鸿钧(1)
法律:民族精神与现代性	许章润(1)
作为法律文明秩序的“法治”	於兴中(31)
司法活动和法制发展	黎晓平(45)
法治和市场经济的契合与互动——一个以人性为 视角的考察	沈 明(57)
合法性与现代性导论	[美]威廉·康诺利 程 洁 译(73)
通往社会科学的合法性概念	[英]大卫·边沁 傅建奇 译 高鸿钧 校(94)
论财产所有权的必要性及正当性依据	张恒山(131)
法的合法性:中国的经验和问题	何海波(181)
论法律推理的确定性与不确定性	彭灵勇(207)
传统与近代性之间——《日本民法典》编纂 过程与问题研究	何勤华 曲 阳(251)
西法东渐:中西法律概念对应关系早期 历史的考察	王 健(296)
近代中国的自然权利观:“内在视角”的 一种新解读	赵 明(360)

国家主权及其当代命运——一种全球化的
分析范式..... 程 虎(405)

刑法主观主义与法治立场的动摇..... 周光权(475)

环境行政诉讼中的起诉权..... 何 隽(520)

后记..... (557)

CONTENTS

Preface	Gao Hongjun(1)
Law: The Spirit of Nations and Modernity	Xu Zhangrun(1)
The "Rule of Law" as An Order of Civilization	Yu XingZhong (31)
The Judicial Activities and the Development of Legality	Li Xiaoping (45)
The Coupling and Interaction of Rule of Law and Market Economy: A Perspective from Human Nature	Shen Ming (57)
Introduction: Legitimacy and Modernity	William Connolly tr. By Cheng Jie (73)
Towards a Social-scientific Conception of Legitimacy	David Beethem tr. By Fu Jianqi (94)
On the Justification and Necessity of Ownership	Zhang Hengshan(131)
The Legitimacy of Law: The Practice and Problems in china	He Haibo(181)
On the Certainty and Uncertainty of Legal Reasoning	Peng Lingyong (207)